

Recebido: 29.04.2017
Aprovado: 09.03.2018

DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201817>

1 Universidade Federal
de Juiz de Fora
Juiz de Fora – MG – Brasil
<https://orcid.org/0000-0001-5168-2230>

2 Universidade Federal da Bahia
Salvador – BA – Brasil
<https://orcid.org/0000-0003-4981-1798>

3 Universidade Federal
do Rio de Janeiro
Rio de Janeiro – RJ – Brasil
<https://orcid.org/0000-0003-1854-7760>

4 Universidade Federal
de Juiz de Fora
Juiz de Fora – MG – Brasil
<https://orcid.org/0000-0002-2619-5948>

5 Universidade do Estado
do Rio de Janeiro
Rio de Janeiro – RJ – Brasil
<https://orcid.org/0000-0003-4435-5738>

6 Universidade Federal
de Juiz de Fora
Juiz de Fora – MG – Brasil
<https://orcid.org/0000-0002-1794-8135>



Desafios e perspectivas para a construção de um instrumento jurídico vinculante em direitos humanos e empresas

CHALLENGES AND PERSPECTIVES IN THE DEVELOPMENT OF AN INTERNATIONAL LEGALLY BINDING INSTRUMENT ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS

Manoela Carneiro Roland¹, Daniel Maurício de Aragão²,
Paola Durso Angelucci³, Arindo Augusto Duque Neto⁴,
Gabriel Coutinho Galil⁵ e Rafael Carrano Lelis⁶

Resumo

O artigo analisa a pertinência da elaboração de um instrumento internacional vinculante que responsabilize diretamente as empresas transnacionais pelas violações de Direitos Humanos decorrentes de suas atividades. A partir do referencial da *arquitetura da impunidade* e da utilização de exame documental e de revisão bibliográfica jurídico-compreensiva, analisa-se a insuficiência do atual *framework* composto pelos Princípios Orientadores e se evidenciam os desafios apresentados para a construção de um instrumento internacional complementar a tal conjunto normativo. Nessa perspectiva, o artigo examina os trabalhos desenvolvidos no âmbito das Nações Unidas que objetivam a regulação das transnacionais, desde a década de 1970 até o atual processo de elaboração de um tratado em Direitos Humanos e Empresas. Apontam-se, ainda, os desafios jurídicos e políticos para a elaboração de um instrumento vinculante, seu consequente conteúdo e alcance, visando à superação da arquitetura da impunidade.

Palavras-chave

Direitos humanos e empresas; princípios orientadores; ONU; instrumento vinculante internacional; arquitetura da impunidade.

Abstract

The paper analyses the relevance of the elaboration of an international legally binding instrument to hold transnational corporations liable for the Human Rights violations caused by its activities. Starting from the theoretical framework of the architecture of impunity and through a legal comprehensive bibliographic review and document examination, it analyzes the insufficiency of the current legal framework, composed by the Guiding Principles and highlights the challenges faced in the development of an international instrument to complement the existing legal system. Under this perspective, the paper examines the activities developed within the United Nations, seeking the regulation of transnational corporations' acts, since the 70s until the present process of development of a treaty on Business and Human Rights. It also denotes the main legal and political challenges regarding the drafting of this binding instrument, its content and reach, aiming to overcome the architecture of impunity.

Keywords

Business and human rights; guiding principles; UN; international binding instrument; architecture of impunity.

INTRODUÇÃO

Em novembro de 2015, o Brasil foi assolado por um crime ambiental de dimensões catastróficas. O rompimento da barragem do Fundão, provocado pelas atividades conduzidas pela empresa Samarco, ocasionou inúmeros danos irreparáveis de caráter socioambiental que permanecem impunes. Todavia, apesar do choque que recaiu sobre o país diante das consequências trágicas do ocorrido, esse evento não figura isoladamente na ordem mundial. Pelo contrário: constitui apenas uma das peças de um grande mosaico que compõe o padrão de violações aos Direitos Humanos cometidas por empresas transnacionais (ETNs) e a ineficiência dos Estados e das organizações internacionais em responsabilizar tais empresas por suas ações.

O artigo analisa os desafios jurídicos e políticos da construção de um tratado enquanto uma resposta normativa possível à problemática gerada pela dificuldade de responsabilização dessas empresas, nos planos nacional e internacional, por seu constante atentado às normas de Direitos Humanos. Como proposta inicial a esse questionamento, parte-se da hipótese de que a complexidade relativa à responsabilização não é plenamente sanada por meio da edição de normas de cunho voluntarista (tais como os princípios orientadores e os planos nacionais de ação),¹ sendo necessária a complementaridade de um instrumento internacional vinculante para a efetiva responsabilização das ETNs. A defesa dessa mudança no marco regulatório figura como essencial para garantia de direitos aos indivíduos. Dessa forma, justifica-se o proposto diante do extenso histórico de violações transfronteiriças que, cometidas pelas transnacionais, restaram impunes diante da ausência de normativa internacional de caráter vinculante.

Como suporte teórico à reflexão ora conduzida, adotar-se-á o marco teórico da arquitetura da impunidade (BERRÓN, 2014, p. 61; ZUBIZARRETA; RAMIRO, 2016, p. 8), que se define a partir de um conjunto de elementos normativo-fático-políticos que tornam o contexto global propício às empresas para atuarem em seu *modus operandi* violador de direitos, repetido sistematicamente, sem qualquer imposição de medida sancionatória.

Embasando-se na proposta metodológica acima apresentada, é possível indicar três principais objetivos almejados pelo trabalho: 1) demonstrar a insuficiência do atual modelo de proteção dos Direitos Humanos e a responsabilização das ETNs, baseado nos Princípios Orientadores em Empresas e Direitos Humanos e nos Planos Nacionais de Ação; 2) comprovar a necessidade de um instrumento internacional vinculante como forma de avanço nesse campo de tutela, complementando os marcos normativos já existentes e preenchendo lacunas referentes à responsabilização específica das transnacionais; e 3) apresentar propostas a serem incluídas em um tratado internacional vinculante a respeito dessa temática.

...

1 Refere-se aqui, especificamente, aos *Guiding principles on business and Human Rights* da Organização das Nações Unidas (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2011a) e aos *National Action Plans on business and Human Rights* (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016) propostos pelo Grupo de Trabalho em Empresas e Direitos Humanos das Nações Unidas.

Visando a melhor estruturação e apresentação sistemática da hipótese levantada, adotar-se-á uma metodologia de investigação jurídico-compreensiva, baseada em pesquisa de revisão bibliográfica e análise documental, principalmente relativa a resoluções normativas referentes à temática no âmbito das Nações Unidas. Nesse sentido, o artigo será organizado em quatro grandes partes (além dos tópicos de introdução e conclusão): 1) na primeira parte, será realizada uma exposição da perspectiva teórica adotada no presente trabalho, bem como a contextualização da temática no campo do Direito Internacional Público; 2) em seguida, será brevemente esclarecido o percurso referente à consolidação da agenda global na temática de Direitos Humanos e Empresas,² norteado pela atuação da Organização das Nações Unidas (ONU), mas destacando-se, também, o papel da sociedade civil, dos Estados e das próprias empresas transnacionais; 3) na terceira parte do trabalho, por sua vez, tenciona-se demonstrar o processo decorrido na elaboração de um instrumento vinculante relativo à temática de Direitos Humanos e Empresas, evidenciando-se os fundamentos de sua imprescindibilidade para que ocorra real avanço na mencionada pauta; 4) por fim, a última parte será dedicada à apresentação de propostas objetivas de elementos a serem incluídos no texto do tratado para possibilitar a efetiva responsabilização das empresas.

I O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E A ARQUITETURA DA IMPUNIDADE

A fim de compreender a necessidade de um instrumento vinculante para empresas transnacionais em matéria de Direitos Humanos, esta seção resgata os elementos teóricos nos quais o artigo se sustenta. Têm-se, por um lado, as transformações no Direito Internacional Público, particularmente no âmbito dos Direitos Humanos, quanto à caracterização dos atores implicados; e, por outro, a partir do conceito de arquitetura da impunidade, a permissividade da atual estrutura normativa global diante da impunidade das violações de Direitos Humanos por parte de empresas transnacionais.

I.1 NOVOS ATORES DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: EMPRESAS TRANSNACIONAIS (ETNs) E SOCIEDADE CIVIL

O Direito Internacional Público, em seu formato clássico, buscava harmonizar as relações entre os atores internacionais para que fosse possível a manutenção da paz diante de interesses múltiplos. De acordo com essa abordagem tradicional, os Estados teriam um papel preponderante para a determinação do cenário global. No entanto, a nova ordem econômica, pós-Segunda Guerra Mundial, exige inovações na abordagem jurídica internacional, considerando que os

...

² Utiliza-se “Direitos Humanos e Empresas”, ao invés do usual binômio “Empresas e Direitos Humanos” para conferir especial destaque à prevalência dos direitos a serem protegidos.

interesses econômicos das grandes empresas influem intensamente no árduo equilíbrio entre a atuação de Estados desenvolvidos e aqueles ditos em desenvolvimento (DIEZ DE VELASCO, 1997, p. 60-61).

Nessa nova dinâmica internacional, os Estados emergentes tornam-se sujeitos à ingerência política tanto dos Estados hegemônicos quanto das transnacionais. Tornam-se, portanto, reféns dos interesses do mercado financeiro. Nesse sentido, desde os anos 1990, os Estados periféricos lidam com instabilidades democráticas decorrentes da submissão de seu processo político interno aos interesses de agentes econômicos internacionais (FIORI, 1997, p. 136).

Como reação a esse cenário, vem se consolidando, desde os anos 1990, um ativismo global organizado contra a assimetria normativa e de poder que favorece as corporações transnacionais (ANGELUCCI; ROLAND, 2016, p. 6). Por outro lado, segundo Deva (2012, p. 1080), o temor de afastar investimentos internacionais também interfere nessa dinâmica, influenciando na dificuldade de fiscalização das transnacionais em países emergentes. Para uma efetiva responsabilização por violações de Direitos Humanos nesses territórios, é fundamental, portanto, incorporar à perspectiva teórica do Direito Internacional o caráter transfronteiriço da atuação empresarial. Nesse sentido, Bilchitz (2013, p. 107-108) defende que corporações também são obrigadas a respeitar as normas internacionais de Direitos Humanos. Segundo o autor, é importante desenvolver a cooperação entre empresas e Estados para a proteção dos Direitos Humanos, que é dever de ambos.

Faz-se necessária, também, uma redefinição do papel da sociedade civil. Isso inclui a elaboração de instrumentos normativos a partir das demandas populares (*bottom up*), em contraposição ao que ocorre no Direito Internacional Público tradicional, marcado pela elaboração normativa exclusiva dos representantes políticos, afastados da realidade das populações afetadas (*top down*).

Seguindo essa linha de pensamento, Deva (2014, p. 2) critica a atuação das elites que participam da elaboração normativa, afirmando que as consultas à sociedade civil, nem sempre existentes, tendem a apenas legitimar normas já elaboradas, sem oferecer espaço para a identificação das reais demandas dos afetados por violações de direitos humanos.

Consequentemente, diante de um cenário marcado por uma abordagem jurídica ultrapassada, as transnacionais encontram as circunstâncias ideais para que, durante as negociações, possam impor a prevalência do discurso pautado em interesses econômicos, em detrimento de uma visão protetora dos direitos humanos (ANGELUCCI; ROLAND, 2016, p. 7).

Como destaca Chen (2015, p. 58), um tratado sobre a temática pode balancear a assimetria entre as ETNs e as populações afetadas, desde que estabeleça obrigações diretas às transnacionais. De forma similar, Backer (2015, p. 6) entende que um tratado seria um instrumento capaz de dar voz a Estados com menos força no cenário internacional, uma vez que a obrigação de proteger os Direitos Humanos não recairia isoladamente sobre eles.

Observa-se, assim, um viés de superação da perspectiva estadocêntrica do Direito Internacional clássico. Como será visto, a abordagem tradicional do Direito Internacional contribui

para a perpetuação de uma arquitetura global incapaz de monitorar as atividades das ETNs, tornando-as sujeitos de direitos sem a exigência de uma contrapartida de deveres — o que atinge, especialmente, a sociedade civil dos países ditos periféricos.

Essa alteração de paradigma na responsabilização internacional por violações de direitos humanos exige, então, uma mudança na teoria que considera o Estado como elemento central. Nesse sentido, afastar a responsabilidade das transnacionais com base em argumentos relacionados à soberania não condiz com a marcante transnacionalidade das relações que se estabelecem atualmente, bem como contribui para impedir o acesso à justiça por parte das populações afetadas (ANGELUCCI; ROLAND, 2016, p. 10).

1.2 A ARQUITETURA DA IMPUNIDADE

Nos últimos 40 anos, a influência das grandes corporações nas mais diversas esferas (econômica, política, cultural etc.) contribuiu para a construção de um cenário internacional em que as transnacionais possuem mais poder de negociação que muitos Estados. O poder político das transnacionais evidencia-se tanto nos países em que estabelecem suas sedes, quanto nos países receptores de sua cadeia de produção. O desmantelamento dos direitos sociais e o *lobby* que exercem nas instituições financeiras são algumas práticas que contribuem para a aproximação entre o público e o privado, que tende a favorecer os interesses empresariais (ZUBIZARRETA; RAMIRO, 2016, p. 12-13).

Ademais, os direitos das transnacionais são protegidos por um sistema jurídico global de investimentos de caráter mandatório, ao passo que os deveres dessas corporações não contam com uma regulação normativa capaz de amenizar os impactos de suas atividades — as abordagens de *soft law* são demasiado insuficientes para tanto (ZUBIZARRETA; RAMIRO, 2016, p. 14). Há, pois, um desequilíbrio entre a garantia dos direitos das transnacionais e a garantia dos Direitos Humanos das populações que elas atingem.

Os tribunais internacionais de arbitragem exercem um papel central para a consolidação da *lex mercatoria*.³ Enquanto o Direito Internacional dos Direitos Humanos enfrenta dificuldades para impor sua efetividade, a Organização Mundial do Comércio (OMC), por outro lado, possui um eficiente sistema de resolução de litígios, assim como mecanismos de arbitragem previstos em tratados de comércio e investimentos. Além disso, as sanções da OMC dificilmente são descumpridas quando levam ao temor de um bloqueio econômico internacional (ZUBIZARRETA; RAMIRO, 2016, p. 17).

Outro aspecto que contribui para o desnível entre a proteção dos direitos humanos e a proteção internacional das transnacionais diz respeito à nova geração de advogados altamente

...

3 Zubizarreta e Ramiro (2016, p. 7) definem *lex mercatoria* como o novo regime normativo global que garante certeza jurídica aos negócios realizados por grandes corporações, mas que relega suas obrigações sociais, trabalhistas e ambientais a uma lógica voluntarista, baseada no conceito de “ética corporativa”.

qualificados que, tendo acesso aos inúmeros canais de poder e tomada de decisão, priorizam o *lobby* político em detrimento da ética profissional (ZUBIZARRETA; RAMIRO, 2016, p. 18). Isso evidencia, inclusive, a ineficácia do acesso à justiça para as populações afetadas pelas violações das transnacionais – afinal, os afetados não possuem fácil acesso ao auxílio jurídico altamente especializado.

Outro ponto importante relaciona-se ao fato de que a legislação internacional de Direitos Humanos se aplica, atualmente, às empresas transnacionais somente por meio da atuação dos Estados. Quer dizer, a responsabilização dessas corporações por violações de Direitos Humanos depende das legislações nacionais, de modo que elas estarão sujeitas apenas à legislação nacional do país onde sua sede se estabelece (ZUBIZARRETA; RAMIRO, 2016, p. 18).

A análise da arquitetura da impunidade permite a identificação das lacunas no sistema legal internacional que servem de escudo para as ETNs, impedindo sua responsabilização. Alguns dos exemplos de mecanismos comumente usados por corporações transnacionais para escapar da responsabilização e inviabilizar o provimento de remédios efetivos às vítimas dessas violações são: acordos bilaterais e multilaterais de investimento; subcapitalização; facilidade na movimentação de ativos e, em alguns casos, operações inteiras para outro território; bem como o princípio da responsabilidade limitada (que considera subsidiárias como pessoas jurídicas distintas de suas empresas controladoras, impedindo acesso aos ativos dessa última).

Essas lacunas regulatórias não podem ser resolvidas por normativas impostas por um único Estado. Um instrumento internacional vinculante forte é necessário para o preenchimento desses *gaps* regulatórios e para a restauração da primazia dos Direitos Humanos em detrimento dos direitos de investimento e comércio internacional.

2 O DESENVOLVIMENTO DE UMA AGENDA GLOBAL EM DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS

Esta seção objetiva expor brevemente as contradições do processo histórico de construção de uma agenda global em Direitos Humanos e Empresas. Para tanto, optou-se por centrar o enfoque na atuação das Nações Unidas na referida agenda como fio condutor de uma análise mais ampla, que envolve a participação dos Estados, da sociedade civil e das empresas transnacionais.

2.1 MARCOS INICIAIS

A preocupação com o crescimento do poder das ETNs e sua consequente capacidade de influenciar decisões políticas e econômicas dos Estados ganharam grande destaque no contexto internacional a partir do discurso proferido por Salvador Allende (à época ocupando a presidência chilena) na Assembleia Geral das Nações Unidas em dezembro de 1972 (ZUBIZARRETA; RAMIRO, 2016, p. 9). Observava-se o início de uma significativa transição no Direito Internacional, promovida pela inserção das transnacionais como novos atores na ordem mundial. Elas,

desde aquela época, detinham poder econômico suficiente para suprimir e controlar pretensões dos principais atores do Direito Internacional Clássico — os Estados — e violar os direitos dos indivíduos, que ainda se estabeleciam como sujeitos de direito no cenário internacional.

Assim, a agenda de Direitos Humanos e Empresas da ONU começou a se consolidar na década de 1970, tendo como principais promotores os países em desenvolvimento e recentemente incluídos nas Nações Unidas, que formavam o denominado Grupo dos 77. A partir da atuação desses países, o Conselho Econômico e Social da ONU requisitou ao Secretário-Geral a formação de um Grupo de Pessoas Eminentes para estudar o impacto das ETNs na economia internacional. O relatório final desse grupo foi entregue no ano de 1974, recomendando a criação da Comissão e Centro sobre Corporações Transnacionais (*United Nations Centre on Transnational Corporations* — UNCTC) (MUCHILINSKI, 2007, p. 110; 660). Os dois órgãos tinham como escopo a elaboração de uma regulação vinculante para as transnacionais, declarada como uma das prioridades da comunidade mundial pela Assembleia Geral naquele mesmo ano (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1974).

Esse movimento, no entanto, foi seguido por uma crescente pressão das transnacionais com o intuito de evitar a adoção de um código de conduta vinculante. Como resultado, outras organizações internacionais passaram a ocupar a agenda de regulação da atuação das transnacionais, apoiando-se em marcos normativos de lógica voluntarista. Nesse contexto, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) editou a Declaração Tripartida de Princípios sobre Empresas Multinacionais, enquanto a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) publicou as *Guidelines for multinational enterprises*. Como consequência dessa estratégia, esvaziou-se o espaço criado na ONU para a regulação das ETNs, transferindo-se o processo para outras organizações internacionais alinhadas aos interesses empresariais.

Concomitantemente a esse esvaziamento da agenda da ONU, o contexto global, marcado pela implementação do Consenso de Washington e pela ascensão de políticas neoliberais, dificultou ainda mais o avanço no tangente à regulação das ETNs. Para além disso, os países em desenvolvimento, principais atores do início do processo da UNCTC, observaram uma drástica queda dos investimentos das transnacionais em suas economias, levando-os a adotar uma postura amigável em relação aos interesses dessas empresas (MUCHILINSKI, 2007, p. 662).

2.2 O PACTO GLOBAL

Na década de 1990, a visão da ONU sobre as transnacionais transformou-se de maneira incisiva. Tornou-se evidente, sobretudo a partir da posse de Kofi Annan no cargo de Secretário-Geral em 1997, a aproximação da organização aos ideais das empresas, inserindo as ETNs no papel de agentes de desenvolvimento (ZUBIZARRETA; RAMIRO, 2016, p. 41). Colocava-se, assim, em xeque qualquer possibilidade de estabelecimento de normas de caráter mais vinculante, como no caso da construção de um código de conduta.

Desde a posse de Boutros Boutros-Ghali como Secretário-Geral da ONU (o primeiro do pós-Guerra Fria) que se observa a pressão exercida pelos Estados Unidos, *think tanks*

conservadores, além do *lobby* empresarial. Boutros-Ghali então encerrou, oficialmente, o processo de negociações com respeito ao Código de Conduta, bem as atividades do Centro de Corporações Transnacionais e transferiu a Comissão sobre Corporações Transnacionais para a estrutura da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) (ARAGÃO, 2014, p. 89).

Nessa esteira de atuação, desde o começo de seu mandato em 1997, Annan escancarou ainda mais sua proximidade com o setor privado empresarial ao propor, em parceria com o Fórum Econômico Mundial de Davos, o chamado Pacto Global. O Pacto Global (atualmente assinado por mais de nove mil empresas de 164 países)⁴ consiste em um conjunto de dez princípios genéricos tangentes à temática de Direitos Humanos, que reforçam a lógica voluntarista à qual as Nações Unidas engendraram incontáveis esforços para estabelecer na ordem internacional. Mais que isso: o Pacto Global representou, a partir de seu estabelecimento em 1999, a coroação do marco da Responsabilidade Social Corporativa (RSC),⁵ profundamente eivado por um caráter voluntarista. Como destaca Berrón (2016, p. 150-151), a pior punição que pode ser obtida por aquelas empresas que desrespeitarem os dez princípios propostos é sua expulsão do Pacto Global, não havendo nenhuma outra possibilidade de sanção prevista a esses atores. Dessa forma, tal medida serve apenas como instrumento de comprovação da própria insuficiência desse marco regulatório, tendo sido divulgada, no ano de 2012, a exclusão de mais de três mil empresas do Pacto devido ao não cumprimento de suas normas.⁶

2.3 DRAFT NORMS

Paralelamente ao movimento de criação e implementação do Pacto, no final dos anos 1990, a Subcomissão para a Promoção e Proteção de Direitos Humanos da ONU trabalhava em um novo projeto de normas de conduta vinculantes para as transnacionais e outras empresas na questão dos Direitos Humanos (ZUBIZARRETA; RAMIRO, 2016, p. 46). Essas normas (conhecidas como *Draft Norms*) advêm da constatação da insuficiência dos marcos voluntaristas que tentavam regular as condutas das ETNs e da consequente necessidade de desenvolver instrumentos concretos de impor obrigações de Direitos Humanos a elas.

As *Draft Norms* inovariam na agenda em análise ao trazer, em seu preâmbulo e no artigo primeiro, obrigações diretas de Direitos Humanos às ETNs (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES

...

⁴ Dados disponíveis no site do Pacto Global: <<https://www.unglobalcompact.org/>>. Acesso em: 24 mar. 2017.

⁵ Define-se a RSC como a adoção de normas internas de conduta que permitam às empresas se autorregularem voluntariamente (ZUBIZARRETA, 2008, p. 19-25).

⁶ Dados disponíveis em: <<https://www.unglobalcompact.org/news/188-02-09-2012>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

UNIDAS, 2003). Para expressar essa mudança, valeu-se de uma linguagem mais enfática do que aquela adotada nos marcos anteriores, substituindo o vocábulo *should*, que expressa somente uma recomendação, por *shall*, que impõe uma obrigação legal. De modo a concretizar suas disposições, as Normas obrigavam as ETNs a incluir em todos seus contratos os dispositivos nela elencados. O documento também estipula, conforme seu artigo 18, a obrigação direta por violação das disposições nele contidas, devendo a reparação ser direcionada aos indivíduos ou comunidades que foram prejudicados com o não cumprimento das normas. O mesmo dispositivo impõe, ainda, a aplicação das Normas pelas cortes domésticas e internacionais. Assim, o documento foi elaborado de forma a possibilitar amplo acesso à justiça pelos afetados pelas atividades das ETNs e a garantir a efetiva reparação dos danos causados por elas (MUCHLINSKI, 2007, p. 531-533).

As *Draft Norms* foram aprovadas pela Subcomissão em agosto de 2003, causando uma reação hostil da Organização Internacional dos Empregadores e da Câmara de Comércio Internacional. Essas organizações lançaram uma forte campanha contra o documento, alegando, além de violações a direitos legítimos das ETNs, que as obrigações de Direitos Humanos seriam exclusivas dos Estados. Seguindo o trâmite interno da ONU, em 2004 as *Draft Norms* foram submetidas à aprovação da Comissão de Direitos Humanos, na qual foram prontamente rejeitadas, não chegando a serem votadas na Assembleia Geral. Ao rechaçar o documento, a Comissão de Direitos Humanos votou por apontar um Representante Especial do Secretário-Geral (RESG) na matéria de Direitos Humanos e Empresas. Em 2005, tal medida foi adotada, sendo escolhido para o cargo um dos principais conselheiros do *Pacto Global*, John Ruggie (ZUBIZARRETA; RAMIRO, 2016, p. 46-51).

2.4 O MANDATO DE JOHN RUGGIE E OS PRINCÍPIOS ORIENTADORES SOBRE EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS

A partir da nomeação de Ruggie para o cargo de RESG e do rechaço sofrido pelas *UN Norms* na Comissão de Direitos Humanos, tem-se o retorno, de forma ainda mais vigorosa, do marco regulatório voluntarista. O novo RESG demonstrava, desde o início, sua tendência à edição de normas não vinculantes com caráter de *soft law*, evidenciando sua opinião de que as reivindicações legais das *UN Norms* eram “exageradas” (ZUBIZARRETA; RAMIRO, 2016, p. 49). Simultaneamente, a Subcomissão foi sendo podada de seus poderes até que, em 2007, a partir da transformação da Comissão em Conselho de Direitos Humanos, a Subcomissão foi substituída por um comitê consultivo que só poderia emitir opiniões quando requisitado pelo Conselho recém-criado (ZUBIZARRETA; RAMIRO, 2016, p. 49).

No ano de 2008, Ruggie apresentou, diante o Conselho de Direitos Humanos, o relatório no qual definia o marco conceitual que daria embasamento para todo o restante de seu trabalho: “Proteger, Respeitar e Remediar”. Tal marco, aprovado pela Resolução A/HRC/RES/8/7, reforçava o papel do Estado como ente responsável pela proteção dos Direitos Humanos em face de qualquer violação cometida por empresas, enquanto as últimas teriam apenas

contrapartida de “respeito aos direitos”, sem que disso acarretasse qualquer tipo de obrigação (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2008, p. 1-4).

A mesma resolução que adotou esse marco conceitual estendeu o mandato de Ruggie por mais três anos, o que permitiu a elaboração dos Princípios Orientadores em Empresas e Direitos Humanos. Lançados em 2011 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2011a, p. 3-5), tais princípios visavam à implementação do marco conceitual já mencionado, reforçando a ideia de regulação baseada no voluntarismo e direcionando todas as obrigações aos Estados, enquanto das empresas esperava-se apenas um compromisso de respeitar os Direitos Humanos. É possível apontar os Princípios não como normas obrigacionais do Direito Internacional, mas sim uma espécie de compromisso político estatal referente à observação de uma “conduta empresarial responsável” (LÓPEZ-HURTADO, 2016, p. 67). Observava-se, assim, mais uma vez, a chancela das Nações Unidas ao ideário da Responsabilidade Social Corporativa que, como já evidenciado, nada mais gera do que benefícios às empresas transnacionais.

Logo após a aprovação dos Princípios Orientadores, o Conselho de Direitos Humanos adotou uma resolução estabelecendo um Grupo de Trabalho na matéria de Direitos Humanos, transnacionais e outras empresas (GT) que objetivava a efetiva disseminação e implementação dos Princípios (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2011c, p. 2). No primeiro relatório apresentado pelo GT para a Assembleia Geral, em 2012, foram apontados, como estratégia desse órgão, o incentivo e o acompanhamento dos Estados na criação de Planos Nacionais de Ação (PNA) (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2012, p. 12). A base desses planos seria, obrigatoriamente, o conteúdo dos Princípios, que deveria ser adaptado para o contexto de cada Estado. Ao regular a matéria em nível nacional, a lógica dos PNA é a mesma dos Princípios, isto é, obrigações de Direitos Humanos impostas somente aos Estados. Esses últimos, por sua vez teriam o dever de garantir os Direitos Humanos face às ETNs. No entanto, basear-se somente nos Planos Nacionais de Ação é ignorar a característica intrínseca às ETNs: seu caráter transfronteiriço. Ao implementar os Princípios somente no âmbito nacional, perpetuava-se a impunidade na esfera internacional, uma vez que as ETNs continuam se valendo da fragmentação societária e jurisdicional (MUCHLINSKI, 2010, p. 923) para se esquivar de obrigações concisas em matéria de Direitos Humanos.

A insuficiência dos Princípios trouxe novamente a pauta de um instrumento vinculante internacional para a agenda global. Em 2013, no Conselho de Direitos Humanos, o Equador, apoiado por mais 85 Estados, fez uma declaração apontando a insuficiência do atual marco voluntarista. A sociedade civil transnacional, por meio de 620 organizações e outros 400 indivíduos, assinou um documento apoiando a declaração equatoriana denominada *Call for an international legally binding instrument on human rights, transnational corporations and other business enterprises* (MARTENS; SEITZ, 2016, p. 17-18).

Na incisiva empreitada por um instrumento vinculante, o Conselho de Direitos Humanos, por meio da iniciativa do Equador e da África do Sul, aprovou, em julho de 2014, a Resolução A/HRC/RES/26/9, que decidiu pela implementação de um Grupo Intergovernamental de

Trabalho (GIT) para a elaboração de um instrumento internacional vinculante, no âmbito dos Direitos Humanos Internacionais, para regular as atividades das transnacionais e outras empresas (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2014a, p. 2).

3 O PROCESSO DE ELABORAÇÃO DE UM INSTRUMENTO VINCULANTE

A adoção da Resolução A/HRC/RES/26/9 representou um momento decisivo dentro da temática de Direitos Humanos e Empresas: retomava-se a elaboração de um instrumento vinculante após a derrota de tentativas mencionadas na seção anterior de regulamentar as atividades exercidas por ETNs e seus impactos nas populações e nos territórios onde atuam. No entanto, longe de haver um consenso sobre o instrumento vinculante, os membros do Conselho de Direitos Humanos se dividiram entre 20 votos a favor, 14 votos contrários e 13 abstenções, evidenciando uma clara separação entre os posicionamentos do Norte e Sul globais. Essa divisão teria reflexos importantes nas primeiras sessões do GIT, como será analisado a seguir.

3.1 A ATUAÇÃO DO GRUPO INTERGOVERNAMENTAL DE TRABALHO

As primeiras duas sessões do GIT tiveram suas discussões centradas nas questões de forma, escopo e conteúdo do instrumento a ser elaborado. A primeira dessas sessões, realizada entre os dias 7 e 13 de julho de 2015, teve como características principais a ampla participação de organizações da sociedade civil transnacional e baixa adesão dos Estados – principalmente os localizados no Norte global. Esse quadro foi agravado com a retirada da União Europeia das discussões, que não voltou a participar pelo restante da sessão. A retirada do bloco seria consequência da rejeição da proposta de expansão do escopo apresentada, que pretendia encobrir todas as empresas no âmbito de discussão e não apenas as de caráter transnacional, como originalmente previsto em nota de rodapé da Resolução n. 26/9 (CASSEL, 2015).

A segunda sessão, realizada entre os dias 24 e 28 de outubro de 2016, teve como foco o aprofundamento das discussões de conteúdo, com a reafirmação da insuficiência dos atuais marcos voluntaristas em prevenir e remediar efetivamente casos de violações. Os debates da sessão perpassaram diversas temáticas, com destaque para: os efeitos das operações de ETNs em direitos econômicos, sociais e ambientais; as obrigações extraterritoriais dos Estados; as obrigações de entes não estatais em Direitos Humanos; e mecanismos de cooperação interestatais (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2017, p. 6-21).

É esperado que, durante a próxima sessão do GIT, a ser realizada no final do ano de 2017, seja apresentada uma proposta inicial de instrumento vinculante, que servirá de base para as negociações. Os resultados desses processos de negociação serão, então, encaminhados para o Conselho de Direitos Humanos, que ficará encarregado de definir os próximos passos, incluindo uma potencial renovação do mandato do grupo.

3.2 INSTRUMENTO VINCULANTE E PRINCÍPIOS ORIENTADORES: COMPLEMENTARES OU MUTUAMENTE EXCLUSIVOS?

O bloco das potências contrárias ao instrumento vinculante defende que o longo processo de negociações desse instrumento acabará por minar os esforços de implementação dos Princípios Orientadores. Esse foi um dos argumentos utilizados pela delegação da União Europeia ao justificar seu voto contrário à adoção da Resolução n. 26/9. No entanto, um dia após a adoção da resolução que estabeleceu o GIT, o Conselho de Direitos Humanos aprovou por aclamação a Resolução A/HRC/RES/26/22 proposta por Argentina, Gana, Noruega e Rússia, que declarava explicitamente apoio aos Princípios, solicitando o desenvolvimento, pelos Estados, de PNAs para sua implementação (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2014b).

Como notado por Meyersfeld (2016, p. 23), a grande maioria dos instrumentos internacionais em Direitos Humanos requer que os Estados ajustem seus respectivos ordenamentos de forma a harmonizá-los com as disposições contidas nesses documentos, incorporando-as na forma de legislações nacionais. O início do processo de elaboração de PNAs consistiria, então, no precursor ideal para a adoção posterior de um tratado vinculante. É possível observar um contínuo processo de evolução normativa nos âmbitos nacional e internacional, que afirma a complementaridade entre o processo de elaboração do tratado e o trabalho de Ruggie. Processo esse que tem início com a adoção dos Princípios, passa por sua implementação, na forma de PNA, e culmina na adoção de um instrumento vinculante e sua posterior incorporação.

Ademais, embora seja possível creditar à iniciativa dos Princípios Orientadores a criação de uma estrutura que melhor delimita os elementos essenciais para uma discussão aprofundada da temática de Direitos Humanos e Empresas, o próprio ex-RESG da ONU para Empresas e Direitos Humanos admite que seu trabalho constitui o “fim do começo, e não o começo do fim” e que os princípios, por si só, não seriam capazes de resolver todos os desafios que envolvem direitos humanos e empresas (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2011b, p. 5).

Os Princípios Orientadores estabelecem um *framework* básico sobre o qual desenvolvimentos posteriores podem e devem ser construídos, mas não solucionam as principais lacunas normativas que permitem a consistente e sistemática violação de Direitos Humanos por ETNs ao redor do globo.

Dessa maneira, apesar da disputa travada entre os blocos de países do Norte e do Sul no âmbito da ONU, percebe-se que a implementação dos Planos Nacionais e a elaboração de um tratado vinculante não se excluem, mas se complementam. A estratégia de adoção dos PNA representa um grande avanço na agenda de Direitos Humanos e Empresas no tangente às violações cometidas por empresas que restringem sua atuação dentro de um Estado. No entanto, para as transnacionais, cuja cadeia de produção e consequente impacto se pulverizam por diversos Estados, o tratado vinculante é necessário para complementar as lacunas deixadas pelos PNAs. Como exposto relatório final de Ruggie, “*one size does not fit all*” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2011b, p. 5), isto é, não há como regular empresas de magnitude tão

diversas da mesma maneira. A questão da complementaridade entre um tratado e os PNAs é central, também, na discussão de quais tipos de empresas serão mencionados no instrumento vinculante, o que será discutido a seguir.

4 APORTES OBJETIVOS PARA UM INSTRUMENTO INTERNACIONAL VINCULANTE SOBRE DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS

A construção de um instrumento vinculante para empresas em matéria de Direitos Humanos gera debates com implicações jurídicas, além das notadamente políticas. Diante de uma arquitetura da impunidade e da necessidade de atribuição de responsabilidades a atores não estatais, como discutido na seção 1, e do histórico contraditório e tensionado de construção de iniciativas no âmbito da ONU, observado nas seções 2 e 3, dedica-se esta quarta e última seção à apresentação de um conteúdo jurídico essencial para o tratado, visando à superação dos desafios diagnosticados no decorrer do trabalho.

4.1 ACERCA DA AMPLITUDE DE ENTES SUBMETIDOS AO TRATADO

Como já mencionado, a primeira sessão do GIT foi marcada por discussões acerca da amplitude de entes submetidos ao texto do tratado sobre Direitos Humanos e Empresas. Questiona-se, assim, se ele deveria abarcar todas as empresas ou apenas aquelas de caráter transnacional, como especificado em nota de rodapé da resolução de criação do GIT. Apesar de aparentar uma questão de mera formalidade, a definição de quais empresas serão reguladas pelo tratado tem uma importância central na elaboração do instrumento.

Há duas correntes nesse sentido: a primeira, capitaneada pelos Estados desenvolvidos que detêm as sedes das transnacionais, defende a responsabilização de todas as empresas, sejam transnacionais ou não. Eles acreditam que aplicar as regras somente às transnacionais os deixaria em desvantagem, uma vez que isso representaria um freio em suas atividades (BERRÓN, 2016, p. 156). Todavia, essa primeira corrente perde de vista um ponto importante que justifica a própria elaboração de um tratado: responsabilizar as empresas que, por possuírem amplas cadeias de produção ao redor do globo, escapam das regras previstas nas legislações nacionais. Quer dizer, já existem marcos normativos capazes de alcançar as grandes e pequenas empresas cujos limites se estabelecem em um único território.

Nesse sentido posicionam-se Zubizarreta e Ramiro (2016, p. 89), ao afirmarem que o vácuo normativo internacional diz respeito à responsabilização das transnacionais – e não de outras modalidades de empresas – que permanecem impunes frente às violações cometidas em inúmeros territórios.

Correa (2016, p. 2) posiciona-se da mesma maneira ao esclarecer que a proposta de um tratado diz respeito a situações em que corporações de caráter transnacional são capazes de escapar da responsabilização legal por razões jurisdicionais. Isso inclui o aspecto do acesso à justiça e do acesso à informação pelos afetados, pois diz respeito também às situações nas quais o

processo em jurisdição estrangeira apresenta diversos obstáculos, a exemplo dos custos de uma representação legal adequada.

Ademais, responsabilizar igualmente as empresas transnacionais dos países desenvolvidos e os pequenos empresários locais de países em desenvolvimento parece desvirtuar o propósito do Tratado – não se pode comparar a capacidade de violação de direitos humanos de um e de outro. A normativa internacional se tornaria, desta forma, mais rigorosa justamente para aqueles que possuem, inclusive, menos recursos de defesa (BERRÓN, 2016, p. 157).

Entende-se, portanto, que a proposta de inclusão de todas as empresas no escopo de um tratado consiste em uma estratégia adotada pelos países de origem das ETNs para esvaziar o objetivo central do instrumento vinculante: preencher os *gaps* de responsabilização de empresas transnacionais por violações de Direitos Humanos. Dessa forma, compreende-se que, por conta dos argumentos acima levantados, um tratado deveria incluir apenas as ETNs – o que evitaria a excessiva abstração normativa e permitiria o foco no real ator a ser responsabilizado.

4.2 A RESPONSABILIDADE DA EMPRESA TRANSNACIONAL PLURISSOCIETÁRIA

Quando se faz referência a uma empresa transnacional, trata-se, na verdade, de uma grande quantidade de sociedades empresárias de responsabilidade limitada estabelecida em uma pluralidade de jurisdições. Essas estruturas complexas adotadas pelas ETNs compõem um dos fatores centrais da arquitetura da impunidade. Isso porque as ETNs se valem dessa fragmentação e da suposta autonomia de cada ente para se eximir de responsabilidades por violações de Direitos Humanos, sob a alegação de que cada sociedade componente do grupo seria independente, não podendo, por exemplo, a sociedade controladora responder pelos danos causados por uma de suas subsidiárias.

Considerando as diferentes formas de abordagem desse problema regulatório em cada sistema jurídico (ANTUNES, 2005, p. 39-46), é indispensável que o instrumento vinculante aborde essa matéria, para evitar que a responsabilidade limitada e a autonomia patrimonial continuem constituindo barreiras entre os afetados pela atividade empresária e seus controladores.

Se o paradoxo estabelecido pela independência jurídica das sociedades e a unidade econômica do grupo se coloca como um dos grandes desafios do Direito Societário Global (ANTUNES, 2005, p. 47), há que se tomar extrema cautela para que esse *gap* regulatório não se transponha para o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Isso porque há imensa diversidade na regulação das questões sobre autonomia patrimonial e jurídica das sociedades empresárias, assim como sobre a responsabilidade delas por danos a credores involuntários. Essas questões, que dificultam a responsabilização das empresas transnacionais, são reguladas, tradicionalmente, pelo direito nacional. Assim, o tratado deve impulsionar a mudança legislativa em cada um dos Estados signatários. Na ausência de um único modelo satisfatório de responsabilidade de grupos empresariais, um tratado deveria trazer disposições sobre a presunção de unidade econômica entre a sociedade controladora e suas subsidiárias. Sendo assim, baseando-se no poder de controle, independentemente da jurisdição em que se estabeleçam, deve-se estipular uma

responsabilidade solidária entre controladoras e subsidiárias no que tange às violações de Direitos Humanos. Há, ainda, questões inerentes ao Direito Internacional que devem ser abarcadas pelo instrumento, uma vez que afetam diretamente a responsabilidade da empresa plurissocietária. Dentre elas, pode-se citar uma prospectiva uniformização dos critérios utilizados para determinar a nacionalidade da pessoa jurídica, que afetará a definição da jurisdição competente no caso de violações aos Direitos Humanos. Desse modo, o tratado deve tanto regular diretamente matérias atinentes à esfera internacional, quanto determinar a incorporação de sua normativa pelas legislações nacionais.

O tratamento da responsabilidade unitária do grupo possibilita, ainda, a superação de uma crítica contundente em relação a se restringir o escopo do tratado às ETNs: a alegação de independência entre as sociedades do grupo, o que descaracterizaria seu caráter transnacional (MUCHLINSKI, 2007, p. 520). Uma vez reconhecida a unidade do grupo transnacional, ele não poderia se esvair das obrigações de um tratado sob tal alegação.

4.3 OBRIGAÇÕES DIRETAS ÀS EMPRESAS TRANSNACIONAIS

Uma das principais críticas realizadas aos Princípios Orientadores é a reafirmação do dever de proteção dos Direitos Humanos apenas por parte dos Estados e a não imposição de uma obrigação direta de proteção por parte de entes não estatais (HUMAN RIGHTS WATCH, 2011). A imposição de obrigações diretas de respeito a Direitos Humanos às ETNs é um passo fundamental para a regulação desses atores (MUCHLINSKI, 2007, p. 518).

Como ressaltado por Bilchitz (2016, p. 217), existem elementos no Direito Internacional que corroboram a ideia de que corporações são, de fato, sujeitos de obrigações diretas de proteção aos Direitos Humanos, ainda que esses elementos se encontrem, em grande parte, em documentos de caráter não vinculante. Nesse sentido, a própria Declaração Universal de Direitos Humanos traz esse precedente ao se endereçar não somente aos Estados, mas também a outros órgãos da sociedade, dentre os quais podem se enquadrar as ETNs (MUCHLINSKI, 2007, p. 518).

Outro exemplo pode ser encontrado no Acordo de Marrakesh, responsável pelo estabelecimento da OMC. Esse documento, em sua parte preambular, reconhece que o livre comércio não é um fim em si mesmo, tendo como objetivo a promoção de Direitos Humanos fundamentais, como o direito à melhora dos níveis de vida e ao desenvolvimento de forma sustentável. Na mesma esteira, segundo Meyersfeld (2016, p. 24), existem evidências do desenvolvimento de uma nova norma em Direito Internacional, que estabelece corporações como sujeitos de obrigações em relação a Direitos Humanos.

O atual momento histórico constitui, então, um período de “cristalização normativa” (MEYERSFELD, 2016, p. 24), um processo de evolução do Direito Internacional e de consolidação da tutela dos Direitos Humanos contra violações de empresas, ao mesmo tempo em que se definem claramente quais são as obrigações dessas empresas em remediar e evitar tais violações.

O momento propício ao estabelecimento de obrigações diretas às ETNs se deve, em parte, aos próprios Princípios Orientadores, que dispõem que os Estados devem impor às empresas a realização de *human rights due diligence*. Isto é, às empresas é imposta a obrigação de fiscalizar toda sua cadeia de produção para evitar violações de Direitos Humanos. Nessa esteira, alguns ordenamentos jurídicos já estariam adaptados para que um tratado impusesse obrigações diretas às ETNs.

Em fevereiro de 2017, o parlamento Francês aprovou uma lei estabelecendo o chamado “dever de vigilância” para empresas domiciliadas em território francês. Apesar de ter sua aplicação limitada apenas às maiores corporações francesas, a nova legislação marca um importante passo na imposição de obrigações diretas de respeito e proteção aos Direitos Humanos por empresas. A lei passa a requerer que essas companhias avaliem e previnam impactos causados, inclusive, pelas operações de outras empresas sob o controle dessas corporações, além de fornecedores e empresas subcontratadas com as quais essas corporações tenham uma “relação comercial estabelecida” (EUROPEAN COALITION OF CORPORATE JUSTICE, 2017, p. 3).

De maneira semelhante, o Reino Unido já havia, em 2015, editado uma legislação impondo o dever de vigilância sobre as cadeias de produção para proibir qualquer forma de trabalho escravo (REINO UNIDO, 2015, p. 48).

Seguindo o exemplo das leis francesa e inglesa, o instrumento vinculante deve prever em seu texto a imposição de obrigações diretas de proteção de Direitos Humanos às ETNs e, ainda, requerer que os Estados signatários incorporem essas obrigações diretas em suas legislações nacionais. Dessa forma, as corporações transnacionais assumiriam a obrigação de fiscalizar sua cadeia produtiva a fim de assegurar que todos os elos dessa cadeia operem pelos mesmos padrões de proteção aos Direitos Humanos a que estão submetidas. Se existirem elementos probatórios suficientes para comprovar que tais corporações falharam com seu dever de vigilância, as ações de suas subsidiárias e outras empresas com as quais detinha relações comerciais estabelecidas devem ser também a ela imputadas.

Também se faz necessário salientar, como defendido por Zubizarreta e Ramiro (2016, p. 91), a necessidade de que um tratado vinculante requeira que Estados estabeleçam responsabilidade civil e criminal para corporações e seus diretores, concomitantemente. Essa responsabilização deve ocorrer independentemente de terem operado no papel de perpetrador das ofensas ou no de cúmplices, também devendo se estender para todos os elos da cadeia produtiva da corporação em questão.

A exemplo do que foi estipulado no âmbito das *Draft Norms*, o tratado deve impor às empresas o dever de incorporar as obrigações de respeito aos Direitos Humanos em seus atos constitutivos e contratos comerciais, de forma que a violação desses deveres seria uma ofensa tanto à legislação internacional quanto aos deveres contratuais. De maneira semelhante, Zubizarreta e Ramiro (2016, p. 89-90) sugerem que as obrigações do tratado também sejam incorporadas em Acordos Bilaterais e Multilaterais de Investimento, de forma a vincular as institui-

ções financeiras e arbitrais às normas de Direitos Humanos.

É necessário ressaltar que a estipulação de obrigações diretas às ETNs não pode eximir os Estados de sua própria obrigação de proteção e respeito aos Direitos Humanos, havendo uma relação de complementaridade entre as duas espécies de obrigação (DE SCHUTTER, 2015, p. 59). Ou seja, paralelamente ao estabelecimento das obrigações diretas às ETNs, deve haver, no tratado, o reforço das obrigações dos Estados em matéria de Direitos Humanos.

4.4 MECANISMOS DE MONITORAMENTO: UMA CORTE PARA CORPORAÇÕES TRANSNACIONAIS?

A rápida expansão do processo de globalização neoliberal acentuou assimetrias de poder entre Estados e ETNs ao redor do mundo. De fato, já no ano 2000, 51% das 100 maiores economias mundiais eram corporações transnacionais e apenas os 49% restantes eram Estados (ANDERSON; CAVANAGH, 2000). Em 2011, as receitas geradas por três das maiores ETNs – Royal Dutch Shell, Exxon Mobil e Walmart – foram maiores do que o produto interno bruto (PIB) de 110 países, 55% do número total de Estados-nação (MOUSSIÉ, 2016, p. 10).

A consequência direta dessa assimetria é o desenvolvimento de uma relação de dependência entre economias mais fracas e o investimento realizado por essas corporações, com reflexos diretos nos sistemas normativos desses países, que tendem a ser mais frágeis e praticamente impotentes perante forças do capital externo. Apesar de reafirmar a obrigação de todos os Estados em proteger suas populações de violações de Direitos Humanos, os Princípios Orientadores não reconhecem as realidades diversas de muitos Estados em desenvolvimento, que se veem reféns da necessidade de receber capital estrangeiro (MEYERSFELD, 2016, p. 23).

É nesse contexto de assimetria que surgem propostas para o estabelecimento de um órgão jurisdicional internacional com jurisdição sobre entes empresariais. Essas propostas, no entanto, não constituem uma novidade. Durante as negociações do Estatuto de Roma, que estabeleceu a criação do Tribunal Penal Internacional (TPI), propostas para a inclusão de entes corporativos foram debatidas, sem terem sido aprovadas. Em um desenvolvimento mais recente a nível regional, um novo protocolo expande a jurisdição da Corte Africana de Justiça sobre entes empresariais nos casos de crimes cometidos por esses entes (INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, 2016, p. 7).

Ainda que a criação de uma corte internacional para ETNs pareça uma possibilidade remota, esse mecanismo não pode ser descartado. Como destacam Martens e Seitz (2016, p. 48), há 20 anos o mesmo era dito sobre a possibilidade da criação do TPI. A criação de tal órgão internacional exerceria papel pivotal na garantia do acesso à justiça e a remédios efetivos para as vítimas de violações. Ainda que a Corte fosse capaz de julgar apenas um número limitado de casos, a influência exercida pelas decisões proferidas teria reflexos nos sistemas judiciais nacionais, que tendem a se alinhar com a jurisprudência produzida internacionalmente (INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, 2016, p. 6-7).

Zubizarreta e Ramiro (2016, p. 89-90) propõem, ainda, a criação de um órgão para além da corte. Dessa forma, sustentam o estabelecimento de um centro de monitoramento a fim de

promover maior transparência e efetividade na verificação do cumprimento das obrigações delimitados no tratado, tanto para Estados, quanto para empresas.

Também dessa maneira se posiciona a Comissão Internacional de Juristas (INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, 2016, p. 37-38), que recomenda a criação de um comitê de especialistas apontados pelos Estados signatários do tratado. Tal comitê receberia relatórios periódicos dos Estados sobre os processos de implementação das normativas contidas no tratado em suas legislações locais. Também seria capaz de receber relatórios de ETNs que aderissem ao código de conduta proposto pelo documento e quisessem ter sua implementação acompanhada. Além disso, seriam competências do comitê a realização de visitas aos Estados para avaliação dos processos de implementação, bem como a capacidade de receber comunicações de Estados e comunidades afetadas sobre violações de Direitos Humanos ocorridas em determinado território, podendo realizar visitas para recolhimento de evidências e produzir recomendações que devem ser admitidas e implementadas de boa-fé pelos Estados signatários.

Faz-se necessária, então, uma análise sobre os mecanismos de jurisdição extraterritorial e de cooperação interestatal necessários para que um instrumento vinculante seja capaz de atingir seus objetivos em termos de efetividade.

4.5 JURISDIÇÃO EXTRATERRITORIAL

Os Princípios Orientadores indicam que cabe aos Estados garantir que as empresas respeitem os Direitos Humanos em seu território (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2011a, p. 3). No entanto, essa ideia relativiza a obrigação dos Estados de regular as atividades extraterritoriais das empresas. De fato, as normas de Direito Internacional não impõem essa obrigação aos Estados, mas também não apresentam quaisquer elementos impeditivos para a aplicação de mecanismos de jurisdição extraterritorial em casos de violações de Direitos Humanos cometidos por ETNs. Tais dispositivos tampouco são uma novidade no sistema normativo internacional, tendo sido repetidamente reafirmados por órgãos das Nações Unidas, como o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DE SCHUTTER, 2015, p. 45). Esse entendimento – de que Estados têm o dever de regular as operações extraterritoriais de empresas sob sua esfera de influência – também foi incluído nos Princípios de Maastricht sobre Obrigações Extraterritoriais, elaborados por um consórcio de organizações da sociedade civil transnacional com o propósito de oferecer diretrizes acerca das obrigações extraterritoriais dos Estados com relação aos direitos econômicos, culturais e sociais.

Substituindo a redação insuficiente dos Princípios nesse tópico, o instrumento vinculante deve trazer regras expressas que governem a extensão da jurisdição de um dado Estado para além de suas fronteiras, de forma a prevenir a incerteza jurídica que surge quando não se tem tais limites claramente definidos. O tratado deveria prever, ainda, obrigação aos Estados de adotar medidas para garantir a realização e proteção dos Direitos Humanos, ainda que extraterritorialmente, quando as empresas responsáveis por violações desses direitos em outros territórios sejam controladas por uma ETN domiciliada em sua jurisdição. Essas provisões

permitiriam que as cortes dos Estados-sede dessas corporações se tornassem acessíveis às vítimas de violações ocorridas em Estados com sistemas legais fragilizados e incapazes de responsabilizar efetivamente atores transnacionais, concretizando o acesso à justiça e promovendo remédios efetivos.

Como defendido por De Schutter (2006, p. 52), um instrumento vinculante sobre Direitos Humanos e Empresas teria a oportunidade de fechar um importante *gap* regulatório, definindo de forma clara uma divisão de papéis entre os Estados-sede de ETNs e os Estados que acolhem suas atividades. Se, por um lado, o tratado deve reafirmar a obrigação primária desses últimos; por outro, deve estabelecer, também, uma obrigação subsidiária de regular as atividades desses atores aos primeiros.

4.6 COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

O caráter transfronteiriço da atividade das ETNs dificulta a responsabilização de tais atores por parte de um único Estado, sendo a falta de Cooperação Jurídica Internacional (CJI) um dos maiores fatores que perpetuam a impunidade de ETNs (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2014a, p. 6-11; DE SCHUTTER, 2015, p. 6). Nessa esteira, um instrumento vinculante deve conter uma obrigação geral por parte dos Estados signatários de cooperação em termos de investigação e execução de decisões judiciais quando corporações sob sua jurisdição cometam ou participem de casos de violação de Direitos Humanos (INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, 2016, p. 35).

Dessa maneira, as normas contidas no tratado devem incluir a facilitação de concessão do *exequatur* de cartas rogatórias que possibilitem a coleta de evidências ou o cumprimento de medidas processuais assecuratórias, como multas e congelamento de bens. Do mesmo modo, deve-se incluir disposições sobre o reconhecimento mútuo de sentenças na matéria de Direitos Humanos e Empresas, evitando a negativa de homologação de decisões estrangeiras e o consequente impedimento de acesso à justiça dos afetados pelas ETNs.

A Cooperação prevista no tratado deve incluir tanto a modalidade horizontal, quanto vertical (RAMOS, 2013, p. 624-625). A modalidade horizontal, amplamente conhecida, ocorre entre Estados que se auxiliam mutuamente na persecução da justiça em seus respectivos países. A modalidade vertical de cooperação, por sua vez, consiste naquela exercida entre organizações e cortes internacionais e os Estados e teria sua aplicabilidade a partir da criação de um órgão internacional de controle das ETNs.

CONCLUSÃO

A ONU, desde a década de 1970, depara-se com o objetivo de adequar o investimento direto estrangeiro à primazia dos Direitos Humanos. Com o aprofundamento da globalização econômica na década de 1990, o desafio se aprofundou diante das denúncias constantes de implicações de empresas transnacionais em graves violações de Direitos Humanos pelo mundo. O

tratamento voluntarista dado ao tema de Direitos Humanos e Empresas na ONU, nas duas últimas décadas, depara-se, desde 2014, com a concreta possibilidade de mudança partir do início das seções de um GIT para a elaboração de um instrumento vinculante – um tratado – sobre a responsabilização de empresas transnacionais em matéria de direitos humanos.

O artigo apresentou, inicialmente, uma reinterpretação do Direito Internacional Clássico, indicando uma mudança de paradigma essencial para que se possibilite a responsabilização internacional das empresas transnacionais. Em seguida, a partir de um breve histórico sobre o tratamento do tema na ONU, o artigo se aproximou do processo recente de construção de um tratado, expondo desafios essenciais a serem enfrentados para que um futuro tratado em Direitos Humanos e Empresas possa superar a arquitetura da impunidade. Por fim, a última seção do trabalho foi dedicada ao apontamento e aprofundamento de propostas jurídicas a serem incluídas no conteúdo desse futuro instrumento internacional vinculante.

Dessa forma, o desenvolvimento do artigo, por meio de exame documental e de revisão bibliográfica jurídico-compreensiva, permitiu, por meio de uma análise do contexto histórico-fático de produção normativa no campo de Direitos Humanos e Empresas, oferecer uma possível resposta à problemática da responsabilização de empresas transnacionais por violações de Direitos Humanos. Confirmou-se, dessa forma, a hipótese previamente levantada de que um instrumento internacional vinculante que regule a temática se configura como mecanismo indispensável ao avanço no campo e concretização efetiva da responsabilização. Demonstrou-se, assim, o caráter complementar que seria exercido por um tratado, preenchendo as lacunas deixadas pelas normativas internacionais de cunho voluntarista e sua aplicação fragmentada por meio dos Planos Nacionais de Ação.

NOTA DE AGRADECIMENTO

O Homa – Centro de Direitos Humanos e Empresas recebe financiamento para a condução de suas atividades da Fundação Ford.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Sarah; CAVANAGH, John. The rise of global power. *Institute for Policy Studies*, 2000. Disponível em: <<http://s3.amazonaws.com/corpwatch.org/downloads/top200.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

ANGELUCCI, Paola Durso; ROLAND, Manoela. *O processo de elaboração do Tratado de Direitos Humanos e Empresas: uma oportunidade de superação da perspectiva estadocêntrica adotada pelo Direito Internacional Público*. Curitiba: Conpedi, 2016.

ANTUNES, José Engrácia. Estrutura e responsabilidade da empresa: o moderno paradoxo regulatório. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 29-68, 2005.

ARAGÃO, Daniel Maurício de. Desvio ao deserto neoliberal: a ONU, sua agenda de desenvolvimento e o caso da responsabilidade das corporações transnacionais. In: KRAYCHETE, Elsa; MILANI, Carlos. *Desenvolvimento e cooperação internacional: relações de poder e política dos Estados*. Salvador: EDUFBA, 2014. p. 77-93.

BACKER, Larry Catá. *Considering a treaty on corporations and human rights: mostly failures but with a glimmer of success*. Pennsylvania State University, 2015.

BERRÓN, Gonzalo. Un tratado que obligará a las transnacionales: la vía expresa para la defensa de los derechos humanos. *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, Madrid, n. 127, p. 55-65, 2014.

_____. Derechos humanos y empresas transnacionales: una discusión urgente. *Nueva sociedad*, Buenos Aires, n. 264, p. 147-158, 2016.

BILCHITZ, David. A chasm between “is” and “ought”? A critique of the normative foundations of the SRSG’s Framework and the Guiding Principles. In: DEVA, Surya; BILCHITZ, David. *Human rights obligations of business: beyond the corporate responsibility to respect?* Nova York: Cambridge University Press, 2013.

_____. The necessity for a business and human rights treaty. *Business and Human Rights Journal*, v. 1, n. 2, p. 203-227, jul. 2016.

CASSEL, Doug. Treaty process gets underway: whoever said it would be easy? *Business & Human Rights Resource Centre*. 2015. Disponível em: <<https://business-humanrights.org/en/treaty-process-gets-underwaywhoever-said-it-would-be-easy>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

CHEN, Si. *Towards a business and human rights treaty*. Oslo: University of Oslo, 2015.

CORREA, Carlos M. Scope of the proposed international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, *South Centre Policy Brief*, Genebra, n. 28, p. 1-5, 2016.

DE SCHUTTER, Oliver. Extraterritorial jurisdiction as a tool for improving the human rights accountability of transnational corporations. *Business & Human Rights Resource Centre*, 2006. Disponível em: <<https://business-humanrights.org/sites/default/files/reports-and-materials/Olivier-deSchutter-report-for-SRSG-re-extraterritorial-jurisdiction-Dec-2006.pdf>>. Acesso em: 9 abr. 2017.

_____. Towards a new treaty on business and human rights. *Business and Human Rights Journal*, v. 1, n. 1, p. 41-67, 2015.

DEVA, Surya. *Corporate human rights violations: a case for extraterritorial regulation*. Handbook of the Philosophical Foundations of Business Ethics. New York: Springer, 2012. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2195887>. Acesso em: 4 abr. 2017.

_____. Business and human rights: a tale of three workshops in India. *Business & Human Rights Resource Centre*, 2014.

DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 11. ed. Madrid: Tecnos, 1997.

EUROPEAN COALITION OF CORPORATE JUSTICE. *The French duty of vigilance law: frequently asked questions*. Bruxelas: [s.n.], 2017. Disponível em: <<http://corporatejustice.org/documents/publications/french-corporate-duty-ofvigilance-law-faq.pdf>>. Acesso em: 9 abr. 2017.

FIORI, José Luís. Globalização, hegemonia e império. In: TAVARES, Maria da Conceição; FIORI, José Luís (Orgs.). *Poder e dinheiro: uma economia política da globalização*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 87-147.

HUMAN RIGHTS WATCH. *UN Human Rights Council: weak stance on business standards*. 2011. Disponível em: <<https://www.hrw.org/news/2011/06/16/un-human-rights-councilweak-stance-business-standards>>. Acesso em: 9 abr. 2017.

INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS. *Proposals for elements of a legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises*. Genebra: ICJ, 2016.

LÓPEZ-HURTADO, Carlos. Los principios rectores sobre empresas y derechos humanos: reflexiones críticas sobre su puesta en práctica y perspectivas. *Homa Publica: Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*, Juiz de Fora, v. 1, n. 1. p. 64-102, 2016.

MARTENS, Jens; SEITZ, Karolin. *The struggle for a UN treaty*. Berlin/Bonn/New York: Global Policy Forum/Rosa Luxemburg Stiftung – New York Office, 2016. Disponível em: <https://www.globalpolicy.org/images/pdfs/UN_Treaty_online.pdf>. Acesso em: 9 abr. 2017.

MEYERSFELD, Bonita. A binding instrument on business and human rights: some thoughts for an effective next step in international law, business and human rights. *Homa Publica: Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*, Juiz de Fora, v. 1, n. 1, p. 19-39, nov. 2016.

MOUSSIÉ, Rachel. *Challenging corporate power: struggles for women's rights, economic and gender justice*. Toronto: AWID, 2016. Disponível em: <https://www.awid.org/sites/default/files/atoms/files/ccp_fullreport_eng.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2017.

MUCHLISNKI, Peter. *Multinational enterprises and the law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2007.

_____. Limited liability and multinational enterprises: A case for reform? *Cambridge Journal of Economics*, v. 5, n. 34, p. 915-928, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução A/RES/S-6/3201 da Assembleia Geral*. Genebra/Nova Iorque: Nações Unidas, 1974. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/s6r3201.htm>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

_____. *Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to Human Rights*. Genebra: Nações Unidas, 2003. Disponível em: <<http://hrlibrary.umn.edu/links/res2003-16.html>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

_____. *Resolução A/HRC/RES/8/7 do Conselho de Direitos Humanos*. Genebra: Nações Unidas, 2008. Disponível em: <http://ap.ohchr.org/documents/E/HRC/resolutions/A_HRC_RES_8_7.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2017.

_____. *Guiding principles on business and Human Rights: implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" framework*. New York/Genebra: Nações Unidas, 2011a.

_____. *Resolução A/HRC/17/31 do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas*. Genebra: Nações Unidas, 2011b. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A-HRC-17-31_AEV.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2017.

_____. *Resolução A/HRC/RES/17/4 do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas*. Genebra: Nações Unidas, 2011c. Disponível em: <http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/17/4>. Acesso em: 4 abr. 2017.

_____. *Resolução A/HRC/20/29 do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas*. Genebra, 2012. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A.HRC.20.29_en.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2017.

_____. *Resolução A/HRC/RES/26/9 do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas*. Genebra: Nações Unidas, 2014a. Disponível em: <<https://www.ihrb.org/pdf/G1408252.pdf>>. Acesso em: 4 abr. 2017.

_____. *Resolução A/HRC/RES/26/22 do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas*. Genebra: Nações Unidas, 2014b. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/083/82/PDF/G1408382.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 9 abr. 2017.

_____. *Report on the second session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights*. Genebra: Nações Unidas, 2017. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/083/82/PDF/G1408382.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 9 abr. 2017.

RAMOS, André de Carvalho. O novo Direito Internacional Privado e o conflito de fontes na cooperação jurídica internacional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 108, p. 621-647, jan/dez. 2013.

REINO UNIDO. *Modern Slavery Act 2015*. Londres: TCO, 2015.

ZUBIZARRETA, Juan Hernández; RAMIRO, Pedro. *Against the “Lex Mercatoria”: proposals and alternatives for controlling transnational corporations*. Madrid: OMAL, 2016.

_____. La responsabilidade social corporativa y las empresas transnacionales: de la ética de la empresa a las relaciones de poder. *Revista de Relaciones Laborales*, Lejona, v. 2, n. 19, p. 17-49, 2008.

Manoela Carneiro Roland

DOUTORA EM DIREITO INTERNACIONAL PELA UNIVERSIDADE ESTADUAL DO RIO DE JANEIRO (UERJ). MESTRE EM RELAÇÕES INTERNACIONAIS PELA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO (PUC-Rio). PROFESSORA ASSOCIADA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA (UFJF) E COORDENADORA DO HOMA – CENTRO DE DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS.

manoelaroland@gmail.com

Daniel Maurício de Aragão

DOUTOR EM RELAÇÕES INTERNACIONAIS PELA PONTIFÍCIA
UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO (PUC-RIO).
PROFESSOR ADJUNTO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
(UFBA). PESQUISADOR ASSOCIADO AO HOMA.

danaragao@gmail.com

Paola Durso Angelucci

DOUTORANDA EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO
DE JANEIRO (FND/UFRJ). MESTRE EM DIREITO E INOVAÇÃO PELA
UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA (UFJF).

paolangelucci@yahoo.com.br

Arindo Augusto Duque Neto

GRADUANDO EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE
FORA (UFJF).

aanduque@gmail.com

Gabriel Coutinho Galil

MESTRANDO EM DIREITO INTERNACIONAL PELA UNIVERSIDADE DO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO (UERJ).

gcfgalil@gmail.com

Rafael Carrano Lelis

GRADUANDO EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE
FORA (UFJF).

rafael.carrano.lelis@gmail.com